



**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE LAVRAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

LEONOR SOUZA PROSPERI

**DO DIREITO SUCESSÓRIO DA PESSOA CONCEBIDA POR
INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM***

**LAVRAS-MG
2019**

LEONOR SOUZA PROSPERI

**DO DIREITO SUCESSÓRIO DA PESSOA CONCEBIDA POR
INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM***

Monografia apresentada ao Centro
Universitário de Lavras, como parte das
exigências do curso de graduação em
Direito.

Orientadora: Me. Mariane Silva Parodia

**LAVRAS-MG
2019**

Ficha Catalográfica preparada pelo Setor de Processamento Técnico
da Biblioteca Central do UNILAVRAS

P966d Prosperi, Leonor Souza.
Do direito sucessório da pessoa concebida por inseminação artificial homologia Post Mortem / Leonor Souza Prosperi; orientação de Mariane Silva Parodia. -- Lavras: Unilavras, 2019.
44 f. ; il.

Monografia apresentada ao Unilavras como parte das exigências do curso de graduação em Direito.

1. Direito sucessório. 2. Concepção. I. Parodia, Marine Silva (Orient.). II. Título.

LEONOR SOUZA PROSPERI

**DO DIREITO SUCESSÓRIO DA PESSOA CONCEBIDA POR
INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM***

Monografia apresentada ao Centro
Universitário de Lavras como parte
das exigências do curso de graduação
em Direito.

APROVADA EM: 05/11/2019

ORIENTADOR(A)

Prof^a. Me. Mariane Silva Parodia/Unilavras

MEMBRO DA BANCA

Prof. Pós-Dr. Denilson Victor Machado Teixeira/Unilavras

MEMBRO DA BANCA

Lourênia de Fátima Mesquita Abreu/Advogada

**LAVRAS-MG
2019**

*Aos meus pais, Claudio e Rosângela
A minha irmã, Esther.*

RESUMO

Introdução: A presente pesquisa apresenta uma análise acerca da possibilidade ou não do filho concebido após a morte do doador por inseminação artificial homóloga - técnica de reprodução assistida - ter direito a sucessão assim como os demais filhos. **Objetivo:** Verificar se o sistema normativo jurídico brasileiro tem previsão legal acerca da possibilidade sucessória do filho concebido por inseminação artificial homóloga após a morte do doador e demonstrar o posicionamento de alguns doutrinadores. **Metodologia:** O tipo de pesquisa a ser realizada é pesquisa bibliográfica e tendo a abordagem qualitativa por método analítico, e se embasa na análise de fontes imediatas e mediatas do direito, como a Constituição Federal, a legislação ordinária – em especial o Código Civil brasileiro de 2002 -, princípios e doutrinas. **Resultado:** O presente trabalho ao analisar o ordenamento jurídico brasileiro acerca do direito sucessório do filho concebido por meio de inseminação artificial homóloga - técnica de reprodução assistida - após a morte do doador, constatou que o ordenamento jurídico brasileiro possui uma lacuna acerca dos efeitos que esse meio de reprodução gera no direito das sucessões. **Conclusão:** Conclui-se que não há em nosso sistema normativo jurídico previsão legal acerca de possíveis respostas dos impactos que as técnicas de reprodução assistida causam em nossas vidas, tendo desta maneira que doutrinadores por meio de analogias e por meio dos princípios, tentarem solucionar o questionamento que é feito nesse trabalho, uma vez que nossa legislação não acompanha os avanços existentes na área do biodireito e da bioética. **Palavras-chaves:** Reprodução assistida; inseminação artificial homóloga; direito sucessório.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Situação do Embrião	34
--------------------------------------	----

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Art. – Artigo

CC – Código Civil brasileiro de 2002

CF/88 – Constituição Federal

ed. – Edição

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

p. – Página

v. – Volume

nº - Número

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 REVISÃO DA LITERATURA	11
2.1 DA SUCESSÃO	11
2.1.1 Conceito Direito das Sucessões	12
2.1.2 Requisitos	13
2.2 PETIÇÃO DE HERANÇA	14
2.3 CAPACIDADE E INCAPACIDADE SUCESSÓRIA	15
2.4 DA SUCESSÃO DO AUSENTE	19
2.5 SUCESSÃO LEGÍTIMA.....	20
2.6 SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA	22
2.7 PRINCÍPIOS E NORMAS APLICÁVEIS À SUCESSÃO DO DESCENDENTE ...	24
2.7.1 Princípio da isonomia entre filhos	24
2.7.2 A presunção legal de paternidade	25
2.7.3 Direito ao planejamento família e Princípio da paternidade responsável .	26
2.7.4 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente	27
2.8 DIREITO A SUCESSÃO HEREDITÁRIA DO EMBRIÃO FECUNDADO <i>POST MORTEM</i>	28
2.8.1 Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina	30
2.8.2 Técnicas de Reprodução Assistida	30
2.8.3 Posicionamento de alguns doutrinadores e jurisprudências em relação a possibilidade da sucessão dos filhos concebidos por inseminação artificial post mortem do doador	33
3 CONSIDERAÇÕES GERAIS	38
4 CONCLUSÃO	40
REFERÊNCIAS	41

1 INTRODUÇÃO

Há aproximadamente 40 anos nasceu o primeiro “bebê de proveta”, gerado por meio de técnicas de reprodução assistida. Tal método de reprodução só se tornou exequível diante dos avanços da tecnologia, uma vez que se fez possível que tanto homens, quanto mulheres doem seus materiais genéticos - sêmen ou óvulo -, com o propósito de que sejam fecundados fora do corpo humano e após sejam implantados no corpo da mulher para possível gestação.

Ocorre que tais gametas (sêmen ou óvulo) por meio de técnicas de criopreservação, podem ser congelados, sem que haja, até o presente momento, certeza científica acerca de por quanto tempo eles ficam viáveis para fecundação. Assim, um indivíduo poderá autorizar que seu gameta doado em vida possa ser utilizado, para gerar um filho, mesmo após sua morte, por meio de técnicas de reprodução assistida, conforme prescreve a Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina.

Nesse contexto, nota-se que as técnicas de reprodução assistida geram consequências diretas na área da medicina, e poderão também gerar consequências indiretas no âmbito do Direito, em especial, no Direito das Famílias e das Sucessões. Todavia, o legislador brasileiro, mesmo conhecendo desta possibilidade, permanece inerte, uma vez que não há previsão em nosso ordenamento jurídico em relação a quais os efeitos e direitos que incidirão sobre as crianças geradas por meio de reprodução assistida após a morte do doador dos gametas.

Assim, o presente tema em estudo se faz necessário e tem por intuito tentar demonstrar uma possível solução, seja doutrinariamente, seja por meio do próprio ordenamento jurídico, para a questão acerca da possibilidade do direito à sucessão do filho concebido por meio de inseminação artificial homóloga após a morte do doador, tendo em vista que o filho para ter direito a suceder precisa coexistir com o autor da herança, com exceção da prole eventual na sucessão testamentária, que já é regulada em nosso sistema normativo jurídico. Nesse seguimento, o presente estudo tem por objetivo verificar se os filhos concebidos por inseminação artificial e nascidos após a morte do doador, entrarão na sucessão, uma vez que se vê atualmente inúmeras correntes doutrinárias divergindo em relação a tal tema.

Diante de tal impasse, os doutrinadores brasileiros tentam buscar uma possível solução, sendo duas as correntes mais citadas pelos autores, a saber: a primeira, defende que os filhos concebidos por meio de inseminação artificial homóloga (técnica de reprodução assistida que utiliza somente o material genético do casal), após a morte do doador, não têm direito a sucessão, uma vez que esses não eram sujeitos de direito quando da época da abertura da sucessão, bem como dispõe o art. 1.798 do Código Civil que “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”. (BRASIL, 2002).

Por sua vez, a segunda corrente leva em consideração a Constituição Federal de 1988 nos seus artigos:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...].

Art. 227. [...] §6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (BRASIL, 1988).

Assim, essa corrente sustenta que é possível que o filho concebido após a morte do doador tenha direito a suceder, uma vez que, caso contrário, configurar-se-ia uma violação aos direitos fundamentais assegurados pela Carta Magna. Dessa forma, os autores que defendem esse entendimento, discorrem que é necessário que o doador deixe expressa sua permissão para que o material genético fosse utilizado para fins de se conceber um novo filho, caso contrário o filho terá que ingressar com ação de petição de herança, a fim de ter seu direito garantido.

Contudo, apesar das diversas posições doutrinárias, não há em nosso sistema normativo jurídico, quaisquer normas que regulem diretamente a situação ora estudada, o que, por consequência, gera grande embate na área do direito.

Para tanto, faz-se o uso do método analítico e por técnica de pesquisa bibliográfica através de uma abordagem qualitativa. Utilizando, para coleta de dados leitura analítica e interpretativa dos materiais bibliográficos da biblioteca privada do Centro Universitário de Lavras, legislação brasileira, bem como Resoluções e Enunciados dos Conselhos de Justiça Brasileiro, todos elencados no tópico das referências, e, através da construção cronológica de ideias, objetivou-se demonstrar a relatividade quando ao problema em questão.

2 REVISÃO DA LITERATURA

2.1 Da sucessão

“A palavra “sucessão”, em sentido amplo, significa o ato pelo qual uma pessoa assume o lugar de outra, substituindo-a na titularidade de determinados bens”. (GONÇALVES, 2018). Segundo Luiz Paulo Vieira de Carvalho (2017) a sucessão pode ocorrer *inter vivos*, situada no campo do direito das obrigações, das coisas, entre outros, em que as obrigações, deveres, poderes e exercícios são passados durante a vida das partes, através da vontade destas e ainda *causa mortis*, em que a causa da sucessão se dá pela morte de uma pessoa física ou natural.

Daí porque para Oliveira (2018, p. 38), sucessão pode ser entendida como “a transmissão das relações jurídicas de uma pessoa falecida para uma ou mais pessoas vivas”. Neste sentido, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2018) afirmam que haverá a transmissão do patrimônio, entendido enquanto universalidade de bens, direitos e obrigações pertencentes ao falecido, para seus sucessores. Por esta razão, ocupa-se a doutrina de estabelecer diversos sistemas, segundo os quais haverá maior ou menor disponibilidade da herança pelo hereditando, existindo na doutrina três sistemas, sendo eles:

a) Sistema da Liberdade Testamentária — segundo este modelo, o direito sucessório seria uma manifestação pura da autonomia privada, em que o autor da herança teria a plena liberdade de dispor, como quisesse, do seu patrimônio, independentemente da existência de herdeiros próximos. Se amealhou os seus bens, durante a vida, teria todo o direito de fazer com eles o que bem entendesse, não se admitindo a interferência de terceiros ou do próprio Estado.

b) Sistema da Concentração Absoluta ou Obrigatória — diametralmente oposto ao primeiro tipo, este modelo pretende que toda a herança seja deferida a apenas um sucessor. Trata-se de sistema superado, utilizado no passado, quando havia ainda o “benefício do morgadio ou da primogenitura”, por força do qual a herança, em sua totalidade ou maior parte, era deferida ao filho mais velho. Na Bíblia, há várias referências aos direitos de primogenitura, como dupla herança (Dt 21,17), supremacia entre os irmãos e chefia da família (Gn 27,29.40; 49,8), havendo vezes, como no caso de Jacó e de Judá (Gn 27,30-37; 49,4-8), em que este direito não foi respeitado.

c) Sistema da Divisão Necessária — de acordo com este modelo, o autor da herança teria apenas uma relativa margem de disponibilidade dos seus bens, caso existissem herdeiros considerados necessários. Vale dizer, em havendo sucessores desta categoria, parte da herança obrigatoriamente lhes tocaria, não sendo permitido ao seu titular, mesmo em vida, dispor da quota reservada (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018, p. 41/42).

O último sistema apresentado é o acolhido no sistema brasileiro, em que o autor da herança tem apenas uma margem, metade do acervo para dispor de seus bens como bem entender, caso exista herdeiros necessários de sua parte. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO 2018).

Importante ressaltar, por fim, que o direito de herança é uma garantia fundamental do ser humano, conforme prescreve o art. 5, inciso XXX da Constituição Federal que:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXX - é garantido o direito de herança; [...]. (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, tem-se que a herança se trata de uma cláusula pética que não pode ser modificada pelo poder constituinte derivado, devendo apenas o legislador definir regras das quais relaciona como a herança será transmitida ao sucessor do *de cuius*. Nesse âmbito, sabe-se que o legislador regulamentou no Código Civil brasileiro de 2002 a forma da transmissão da herança, ocorrendo, entretanto, uma lacuna no que se refere a transmissão da herança para os casos em que o filho é concebido *post mortem* do *de cuius* através da inseminação artificial.

2.1.1 Conceito Direito das Sucessões

“Direito das Sucessões é o conjunto de normas que disciplina a transferência patrimonial de uma pessoa, em função de sua morte”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018, p. 38).

Assim, trata-se de um ramo do Direito Civil que regula a transmissão dos bens, valores, direitos e dívidas deixados por uma pessoa física aos seus herdeiros. O conjunto disso constitui a herança do falecido que é o patrimônio ativo menos o passivo deixado por ele, podendo ser chamado também de acervo, monte hereditário ou espólio. (LÔBO, 2018).

Nesse sentido, dispõe Carvalho (2016, p. 34):

Sucessão, sob ponto de vista jurídico, é a transferência da titularidade de direitos, eventualmente obrigações, oriundas do falecimento de seu titular, em virtude de declaração de vontade ou de disposição legal. É o modo de transmissão da herança. A sucessão hereditária ocorre com o falecimento do

titular do patrimônio, pessoa física, natural, não se aplicando às pessoas jurídicas, que se extingue, funde ou transforma.

Carlos Maximiliano (*apud* GONÇALVES, 2018, p. 20):

Direito das sucessões, em sentido objetivo, é o conjunto das normas reguladoras da transmissão dos bens e obrigações de um indivíduo em consequência da sua morte. No sentido subjetivo, mais propriamente se diria – direito de suceder, isto é, de receber o acervo hereditário de um defunto.

Conclui-se assim, que “o direito das sucessões disciplina, portanto, a projeção das situações jurídicas existentes, no momento da morte, da desaparecimento física da pessoa, a seus sucessores” (VENOSA, 2017, p. 11). Uma vez que a herança, se transmite no momento exato da morte do *de cuius*¹ aos herdeiros testamentários e legítimos, pelo princípio da *saísine*², a fim de evitar que o patrimônio do morto fique sem titular, acéfalo. (CARVALHO, 2017, p. 69)³.

2.1.2 Requisitos

São necessários os seguintes fatores, para que ocorra a sucessão hereditária: o falecimento da pessoa física, que no direito sucessório convencionou-se chamar de *de cuius*, e a coexistência do autor da herança e seus sucessores no momento da morte, devendo ainda o herdeiro ou legatário sobreviver ao falecido, conforme prenuncia o princípio da coexistência, enunciado pelo autor Paulo Lôbo (2018).

Assim, Carvalho (2018, p. 36) afirma que:

A sucessão pressupõe a morte, natural ou presumida, quando termina a existência da pessoa natural (art. 6º, CC/2002). É no momento da morte que se dá a sucessão e transmissão imediata dos bens aos herdeiros testamentários ou legítimos.

Para Gonçalves (2018, p. 33) são pressupostos da sucessão:

a) que o de cuius tenha falecido: b) que lhe sobreviva herdeiro. Se o autor da herança estiver vivo, não haverá sucessão (*viventis nulla hereditatis*). A morte

¹ *De cuius*, segundo Gonçalves (2018, p. 35), “é a expressão de cuius, de origem latina e largamente utilizada, tem origem na frase *cujus successione agitur*, ou seja, “aquele de cuja sucessão se trata”, o autor da herança”.

² Para Carvalho (2018, p. 39), “significa a posse imediata pelos herdeiros dos bens da herança no momento da morte de seu autor. Morto o titular, a posse é transmitida de imediato aos sucessores, de forma plena e ampla, ainda que ficta, conforme determina o art. 1784 do Código Civil”.

³ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

civil (*ficta mors*), admitida no direito romano, não subsiste no direito moderno. Abre-se a sucessão somente com o óbito, real ou presumido.

Nesse mesmo sentido, parafraseando Lôbo (2018), a sucessão não é dos mortos, mas sim dos vivos, sendo estes os reais titulares e destinatários dos bens deixados pelo morto. Sendo necessário comprovar a morte da pessoa, para que não haja dúvidas de quem é o sucessor da herança e desde que momento ele se tornou herdeiro, sendo que, apenas herdamos aqueles já nascidos, concebidos antes/após ou não faleceram antes da morte do autor da herança.

Para ser objeto do direito das sucessões, segundo Lôbo (2018, p. 16) é necessário que:

[...] a) os bens devem ter natureza patrimonial, cujos títulos sejam suscetíveis de ingresso no tráfico jurídico e de valoração econômica; b) os bens devem integrar relações privadas. O que não é patrimonial, ou o que é patrimonial, porém indisponível, não se transmite hereditariamente.

Nesse cenário, a sucessão ocorre para se transmitir o patrimônio do falecido aos seus sucessores legítimos ou testamentários, ou na ausência destes dar ao poder público a posse sobre o patrimônio do falecido (CARVALHO, 2016). Sendo que, apesar de o Estado, poder público, não ser considerado um herdeiro, mas sendo sucessor anômalo, uma vez que não lhe é reconhecido o direito da *saisine*, se faz necessário uma sentença de *vacância*, para declarar os bens vagos por não existir herdeiros do *de cuius* e restituindo estes a Fazenda Pública, integrando-se, desta forma, por definitivo ao erário público quando do decurso do prazo previsto na lei, sem que apareça algum herdeiro, não tendo o Estado que aceitar e não lhe sendo lícito renunciar a herança (PEREIRA, 2018).

2.2 Petição de Herança

A petição de herança está prevista nos artigos 1.824 a 1.828 do Código Civil brasileiro de 2002, sendo está o meio pelo qual o herdeiro que foi excluído da sucessão tem direito de ingressar com uma ação contra os sucessores do *de cuius*, a fim de reconhecer sua qualidade de herdeiro, pleiteando desta maneira o que lhe cabe ou a restituição do que foi partilhado em relação a herança que lhe pertencia por direito (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018). Importante ressaltar, que o direito de

herança é garantido a todo cidadão, como prevê o art.5º no seu inciso XXX, da Constituição Federal Brasileira como direito fundamental.

Nesse contexto, prescreve o art. 1.824 do Código Civil brasileiro:

Art. 1.824. O herdeiro pode, em ação de petição de herança, demandar o reconhecimento de seu direito sucessório, para obter a restituição da herança, ou de parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possui (BRASIL, 2002).

A qualidade de herdeiro, trata-se de todo aquela pessoa que lhe cabe a herança, de fato, herdeiro legítimo, testamentário ou mesmo o Estado, na condição de sucessor anômalo. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018).

Prescreve, ainda o Código Civil, que o direito a ação de petição de herança poderá ser exercido apenas por um herdeiro, podendo vir a abarcar todos os bens hereditários deixados pelo falecido. Sendo que o possuidor da herança é obrigado a restituir os bens que recebeu do acervo, ficando a ele a responsabilidade por cuidar desses bens até decisão final, sendo eficazes as alienações realizadas a terceiro de boa-fé. (arts.1.825 a 1.827) (BRASIL, 2002).

Por fim, importante ressaltar que, o legislador não dispõe acerca do prazo prescricional para referida ação de uma forma direta, assim, o judiciário brasileiro e doutrinadores entendem que o prazo para ajuizar referida ação é de 10 anos prescricionais a contar da abertura da sucessão, levando em consideração a previsão geral do artigo 205 do Código Civil (BRASIL, 2002). Ressalta-se ainda, que no caso de absolutamente incapazes, o prazo prescricional começa a correr quando o herdeiro atingir 16 anos completos, quando passam a ser relativamente incapazes, levando em consideração o art.198, I do Código Civil (BRASIL, 2002). Nesse contexto, dispõe a súmula 149 do STF que: “é imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança”.

2.3 Capacidade e Incapacidade Sucessória

Como regra do direito sucessório a legitimidade passiva é a regra e a ilegitimidade, a exceção. Sendo que, “a capacidade para suceder é a aptidão para se tornar herdeiro ou legatário numa determinada herança” (VENOSA, 2017, p. 60). A este respeito, acrescenta Gonçalves (2018) que, só não são capazes a suceder aqueles excluídos, como por exemplo, animais sem herdeiro testamentário, coisas

inanimadas e as entidades místicas, bem como caducam o direito daquelas pessoas que já estiverem mortas no tempo da abertura da sucessão, entre outras hipóteses.

Importante lembrar também a diferença entre capacidade civil e a capacidade sucessória, nesse sentido Diniz (2010, p. 45):

A capacidade civil é a aptidão que em uma pessoa exercer, por si, os atos da vida civil; é o poder de ação no mundo jurídico. A legitimação ou capacidade sucessória é a aptidão específica da pessoa para receber os bens deixados pelo *de cujus*, ou melhor, é a qualidade virtual de suceder na herança pelo *de cujus*.

Nesse diapasão, alude Luiz Paulo Vieira de Carvalho (2017) que mesmo que uma pessoa relativamente incapaz a praticar atos da vida civil, poderá sem qualquer representação legal, ser vocacionado hereditariamente por si só, seja na sucessão legítima ou testamentária. Assim, não sendo possível se confundir a capacidade civil, com a capacidade sucessória, uma vez que essa última diz respeito a possibilidade de uma pessoa ter direito ao monte hereditário deixado pelo *de cujus*.

Dispõe o art. 1.798 do Código Civil Brasileiro de 2002 que: “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”, pode-se chegar à conclusão a partir desse artigo de que pode ser chamado a suceder tanto da sucessão legítima, quando na testamentária todas aquelas pessoas nascidas, já concebidas no momento da abertura da sucessão (nascituros) ou mesmo aquelas que venham a ser concebidas no prazo de dois anos após a morte do autor da herança, a quem o Código Civil brasileiro de 2002 denominou como prole eventual⁴.

Segundo o Enunciado nº 267, do Conselho de Justiça Federal:

A regra do art. 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança (BRASIL, 2016).

Gonçalves (2018) esclarece que podem ser herdeiros pessoas vivas ou concebidas, sendo a exceção à regra o caso da prole eventual, uma vez que, estes

⁴ “Prole são os filhos de uma pessoa ou de um casal. Prole eventual são os herdeiros ou legatários que, por ocasião da morte do autor da herança, ainda não haviam sido concebidos. Se já concebido, o filho é nascituro. O direito sucessório da prole eventual, fica condicionado ao evento futuro e incerto, à concepção e ao nascimento com vida. A capacidade sucessória da prole eventual somente ocorre mediante testamento, não havendo previsão na sucessão legítima.” (CARVALHO, 2018, p. 63).

têm seus direitos resguardados a partir do momento da concepção, podendo ser chamados a suceder na sucessão testamentária, ficando a conclusão do direito sucessório condicionado ao nascimento com vida do nascituro, uma vez que venha ao mundo já morto, não haverá aquisição de direitos, sendo que o que foi destinado a ele voltará ao monte hereditário e redistribuído aos demais herdeiros.

Nesse contexto, Gagliano e Pamplona Filho (2018, p. 127) versam que:

Se o sucessor, beneficiário da herança, já é falecido ao tempo da morte do autor da herança, por óbvio, nada herdará, bem como, nesta mesma linha, pessoas ainda não concebidas, em regra, também não herdarão.

Importante ressaltar o pensamento de Carlos Maximiliano (*apud* CARVALHO, 2017, p. 162)⁵:

Herdar é adquirir a propriedade do espólio; ora, o nada não pode adquirir. A sucessão transmite-se no momento da morte; logo, nesse momento, é preciso haver sucessor, coexistirem hereditando e herdeiro, testador e legatário.” E conclui o mestre: “Por espírito de justiça, para não privar da herança e deixar na miséria o filho de quem tinha patrimônio, a lei exige só a coexistência do hereditando e do embrião da sua prole. A capacidade passiva incumbe a todas as criaturas existentes, inclusive os nascituros, desde que venham ao mundo com vida.

Dispõe ainda Rodrigues (2007) que é necessário que o herdeiro ou legatário tenha que sobreviver ao *de cuius*, sendo necessário a existência do herdeiro no momento da abertura da sucessão, que ocorre imediatamente com a morte do autor da herança, uma vez que segundo o princípio da *saisine* os bens do *de cuius* transmitem-se imediatamente aos seus herdeiros após a morte dele, com exceção dos casos do nascituro e do concepturo.

Podem ser chamadas ainda a suceder por testamento, segundo o art. 1.799 do Código Civil:

Art. 1.799. [...]: I – os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão; II – as pessoas jurídicas; III – as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação. (BRASIL, 2002).

Sendo o inciso I, que trata da prole eventual, exceção à regra do princípio da coexistência, no qual o herdeiro não precisa existir a mesma época que o autor da herança, sendo a transmissão da herança condicionada a evento futuro e incerto.

⁵ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

Importante salientar nesse enquadramento, que é necessário que a pessoa indicada pelo testador, mencionada no inciso I, esteja viva ao ser aberta a sucessão. Porque, caso essa venha a falecer antes do testador, o direito caducará, como dispõe o art. 1.939 do Código Civil brasileiro, bem como caso o filho esperado não seja concebido no período de dois anos após a morte do testador ou caso nasça sem vida, o que foi reservado por direito a está pessoa, entrará na partilha para os herdeiros legítimos do mesmo ou outra hipótese prevista pelo testador (GONÇALVES, 2018), conforme dispõe o §4º do art.1.799 do CC (BRASIL, 2002).

Entretanto, dispõe o art. 1.800, §3º do Código Civil, sobre o disposto no art. 1.799 do mesmo dispositivo, que: “§3º. Nascendo com vida o herdeiro esperado, ser-lhe-á deferida a sucessão, com os frutos e rendimentos relativos à deixa, a partir da morte do testador” (BRASIL, 2002).

Venosa (2017, p. 81) dispõe que:

Para suceder, não basta que alguém invoque a ordem de vocação hereditária ou seu aquinhoamento no testamento. Há certas condições a serem verificadas. A pessoa deve reunir três condições básicas: (a) estar viva; (b) ser capaz; e (c) não ser indigna.

O art. 1.801 do Código Civil (BRASIL, 2002), por sua vez, indica aquelas pessoas que não podem ser nomeadas herdeiras nem legatárias:

A pessoa que, a rogo, escreveu o testamento, nem o seu cônjuge ou companheiro, ou os seus ascendentes e irmãos; as testemunhas do testamento; o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos; o tabelião, civil ou militar, ou o comandante ou escrivão, perante quem se fizer, assim como o que fizer ou aprovar o testamento.

Além dos casos das pessoas que não tem legitimidade a suceder o Código Civil brasileiro de 2002 dispõe, sobre as pessoas que são excluídas da sucessão ou daquelas que foram excluídas e foram reabilitadas para figurar a sucessão, chamados de indignos:

Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:
I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;
II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;
III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade. (BRASIL, 2002).

Sendo necessário a propositura de uma ação pelos que tenham interesse na sucessão para se excluir os indignos, a qual deverá obedecer ao prazo para interposição que é de quatro anos após a abertura da sucessão, transitada em julgado a sentença que reconheça o indigno ela tem:

[...] (1) efeito retroativo, desde a abertura da sucessão (*ex tunc*) os descendentes do indigno sucedem como se ele morto fosse (art. 1.816); (2) o indigno é obrigado a devolver os frutos e rendimentos da herança, já que é considerado *possuidor de má-fé* com relação aos herdeiros, desde a abertura da sucessão (art. 1.817, parágrafo único); (3) na forma do art. 1.817, os atos de administração e as alienações praticadas pelo indigno antes da sentença de exclusão são válidos (OLIVEIRA *apud* VENOSA, 2017, p. 61).

Entretanto, caso o *de cuius* perdoe o indigno por ato autêntico ou testamento, ou caso, no tempo da feitura do testamento o testador tendo conhecimento do ato indigno colocar a pessoa mesmo assim no testamento, este se reabilita na condição de herdeiro, não podendo ser impugnado pelos demais.

2.4 Da sucessão do ausente

Dispõe o art.426 do Código Civil brasileiro de 2002, que “não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva”, assim, a herança somente se dá com a morte do titular do direito, que ao falecer passa a ser chamado de autor da herança, *de cuius* ou falecido. (CARVALHO, 2016).

Nesse mesmo sentido, dispõe o Código Civil em seus artigos 1.784, 1.792 e 1.997 que a herança se transmite aos herdeiros legítimos e testamentários quando da morte do *de cuius*, respondendo os herdeiros, caso o *de cuius* tenha contraído dívidas em vida, apenas da medida do que receberam de herança (BRASIL, 2002).

Apesar de não poder se falar em herança de pessoa viva, pode se ocorrer abertura da sucessão do ausente, conforme dispõe o art. 22 e seguintes do Código Civil (BRASIL, 2002). Sendo deste modo, a sucessão do ausente uma exceção dentro do direito sucessório, uma vez que a abertura da sucessão somente é possível no caso de morte do autor da herança. Ocorre que neste caso, é possível a abertura da sucessão apenas com o desaparecimento comprovado do autor da herança, por meio de processo judicial que declarará sua ausência, em que ele será presumidamente morto (GONÇALVES, 2018).

Conforme dispõe o art. 22 do Código Civil (BRASIL, 2002):

Desaparecendo uma pessoa do seu domicílio sem dela haver notícia, se não houver deixado representante ou procurador a quem caiba administrar-lhe os bens, o juiz, a requerimento de qualquer interessado ou do Ministério Público, declarará a ausência, e nomear-lhe-á curador (BRASIL, 2002).

Ademais, importante destacar que além da sucessão do ausente, no caso mencionado acima, que ocorre devido a declaração de ausência de uma pessoa por meio de processo judicial, ainda ocorre duas hipóteses em que a morte de uma pessoa pode ser decretada, com a consequente abertura da sucessão em relação a seus bens, sendo elas previstas no o art. 7º do Código Civil, veja-se:

Art. 7º Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência:
I - se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida;
II - se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra.
Parágrafo único. A declaração da morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento. (BRASIL, 2002).

2.5 Sucessão Legítima

Referido tipo de sucessão também pode ser chamada de *ab intestato*, ou seja, “a que opera por força de lei e que ocorre em caso de inexistência, invalidade ou caducidade de testamento e, também, em relação aos bens nele não compreendidos” (GONÇALVES, 2018, p. 157). Assim, dispõe o art. 1.788 do Código Civil:

Morando a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo (BRASIL, 2002).

Nesse contexto, alude Carvalho (2018):

Sucessão legítima é a que ocorre em obediência a lei, observando a ordem de vocação hereditária estabelecida pelo legislador, pois nem todos os herdeiros existentes por ocasião da abertura da sucessão são chamados simultaneamente a suceder, existindo uma ordem de preferência.

Preleciona, Lôbo (2019) que a sucessão legítima ou legal ocorre de acordo com a vocação hereditária dos herdeiros e de acordo com os parâmetros estabelecidos em lei, podendo ser dividida em necessária ou legítima em sentido amplo. Sendo que a lei define os herdeiros que dela se beneficiam chamados de legítimos, ao contrário dos que se favorecem pela morte do autor da herança através de um testamento.

Referido autor, ainda acresce que os herdeiros legítimos recebem de acordo com sua vocação hereditária, não ficando qualquer deles sem receber sua cota parte de acordo com sua vocação, sendo que apenas é necessário que o herdeiro coexista com o *de cuius*.

Ademais, existe diferença entre os termos herdeiro legítimo e herdeiro necessário, sendo que nem todo herdeiro legítimo é necessário, porém todo herdeiro necessário é legítimo, uma vez que herdeiros legítimos são aqueles definidos por lei e os necessários os previstos no art.1.845 do Código Civil brasileiro de 2002. A este respeito, discorre GONÇALVES (2018, p. 207):

Entendem-se por herdeiros necessários aqueles que não podem ser afastados da sucessão pela simples vontade do sucedido, senão apenas na hipótese de praticarem, comprovadamente, ato de ingratidão contra o autor da herança. Mesmo assim, só poderão ser deserdados se tal fato estiver previsto em lei como autorizador de tão drástica consequência.

Sendo que a sucessão legítima em regra é subsidiária da testamentária, com exceção aos herdeiros obrigatórios, que herdaram a legítima no caso da sucessão testamentária (CARVALHO, 2017)⁶. O art. 1.829 do Código Civil diz que a sucessão legítima se dá na seguinte ordem:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
III - ao cônjuge sobrevivente;
IV - aos colaterais. (BRASIL, 2002).

A regra geral estabelecida no ordenamento jurídico é que os mais próximos excluem os mais remotos quando esses pertencerem a mesma classe, salvo quando ocorre direito de representação. Ademais, havendo descendentes do falecido, não serão chamados os ascendentes, e assim por diante (VENOSA, 2017).

Dispõe Carvalho⁷ (2017) e Gagliano e Pamplona Filho (2018), que na sucessão legítima existem dois tipos de herdeiros sendo que eles são definidos por lei: necessários ou reservatários que são, segundo o art. 1.845, os descendentes, ascendentes e cônjuges a eles fica reservado metade na herança, o que impõe limites

⁶ CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁷ Ibidem.

a liberdade do testador, por não poder dispor da totalidade de seus bens como bem entender, são os que tem direito à legítima; e os facultativos que são aqueles que herdam se não houver herdeiros necessários, a eles não se tem nenhuma garantia, vez que podem ser excluídos da herança pelo testador.

Deste modo, aos herdeiros legítimos necessários, destina-se a legítima, sendo esta calculada com base no valor em dinheiro e os bens existentes no momento da morte do autor da herança, abatendo-se as dívidas e despesas do funeral e adicionando os bens sujeitos a colação, nos termos do art. 1.847 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Nesse cenário, Lôbo (2019), ensina que a legítima dos herdeiros necessários, corresponde à metade do valor do patrimônio pertencente ao autor da herança, sendo que se o mesmo tiver realizado doação em vida a algum dos herdeiros necessários, o valor correspondente ao bem doado será somado ao valor pertencente ao herdeiro beneficiário, ou seja, serão abatidos do valor que a ele lhe é correspondente, uma vez ser entendido como forma de ter sido antecipada sua herança.

Por fim, importante ressaltar que é no momento da morte do *de cuius* que se apuram os legitimados para suceder, pois é nesse instante que o patrimônio se transmite automaticamente, pelo princípio da *saisine*, aos herdeiros legítimos e testamentários (GONÇALVES, 2017). Importante salientar que para Lôbo (2019), a sucessão legítima deve respeitar a ordem de preferência e substituição que a lei prevê entre os herdeiros do falecido, chamado de vocação hereditária.

2.6 Sucessão testamentária

A sucessão testamentária, é derivada de um “testamento válido, de disposição de última vontade do autor da herança, estabelecendo os herdeiros ou legatários que serão chamados a suceder” (CARVALHO, 2017)⁸. Sendo os herdeiros testamentários aqueles que dependem de nomeação pelo testador, nos limites legais (LÔBO, 2019). Lisboa (2013, p. 431) diz que o:

Testamento é o negócio jurídico unilateral e de natureza personalíssima por meio do qual se opera a transmissão dos bens com a morte do testador em prol dos seus sucessores livremente indicados.

⁸ CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Pode dizer então, que sucessão testamentária é a que ocorre observando os desejos que foram firmados por testamento pelo *de cuius*, no limite que a lei permite, principalmente quando existir herdeiros considerados necessários. A lei delimita a vontade do testador, uma vez que pode ocorrer distribuição desigual e até a exclusão da herança (LÔBO, 2019). Ademais, caso ocorra doação aos herdeiros ultrapassando o limite da legítima, essa doação é passível de anulação, tratando-se de doação inoficiosa (GAGLIANO; PAMPONA FILHO, 2018).

Nesse mesmo sentido, dispõe o art. 1.789 do Código Civil (BRASIL, 2002) que: “havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança”. Importante ressaltar que, a existência de testamento não elimina a sucessão legítima, a qual prevalecerá em hipóteses previstas no Código Civil brasileiro de 2002, em que a sucessão testamentária poderá ser afastada prevalecendo a sucessão legítima, segundo Lôbo (2018, p. 77):

Quando ocorrer uma das seguintes hipóteses: a) quando o testamento for declarado nulo ou inexistente, pelo juiz; b) quando o testador revogar o testamento expressa ou tacitamente; c) quando o testamento for destruído ou extraviado, sem possibilidade de recuperação, máxime quando utilizar as formas particular ou cerrada; d) quando os herdeiros testamentários e legatários forem considerados excluídos da herança, ou indignos, ou falecerem antes do de cuius, ou tiverem renunciado à herança.

A sucessão testamentária ocorre devido a manifestação de vontade do autor da herança da forma que seus bens sejam direcionados, após, sua morte por testamento ou codicilo. Sua vontade é limitada pela lei, para proteger o direito dos herdeiros necessários. Sendo legitimados para suceder os herdeiros de acordo com a lei ou os legatários que serão designados no testamento. (LÔBO, 2019).

Ademais, toda pessoa a partir dos 16 anos é autorizada a testar, sem a necessidade de assistência dos pais ou de um tutor, diferente do que ocorre nos atos civis em geral, conforme dispõe o art. 1.860 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Caso ocorra a elaboração de mais de um testamento, o posterior revoga o anterior e assim sucessivamente, a não ser que o posterior complete o anterior, neste caso, os dois testamentos valerão. (CARVALHO, 2017, p. 563)⁹.

Noutro giro, importante destacar, que apesar da regra existente no direito sucessório de que o herdeiro deverá coexistir com o autor da herança, na sucessão

⁹ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

testamentária ocorre a exceção a esta regra, no caso dos herdeiros nomeados pelo testador, conforme disposto no art. 1.799, inciso I do Código Civil:

Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:
I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão [...] (BRASIL, 2002).

Sendo que essa cláusula testamentária, caso seja redigida pelo testador, deverá seguir o prazo de dois anos, conforme dispõe, LÔBO (2018, p. 118):

O Código Civil estabeleceu limite máximo de dois anos, a partir da abertura da sucessão, para a confirmação ou não da concepção e para a gestão do curador. Esse é o tempo máximo decadencial para que a sucessão se confirme. Findo o prazo, sem concepção do beneficiário, os bens são redistribuídos aos herdeiros legítimos ou outros sucessores do de cujus, mediante sobrepartilha. O prazo de dois anos não é para que se dê o nascimento, mas para que se confirme a concepção.

Por fim, importante destacar que segundo o art. 1.966 do Código Civil, o “remanescente pertencerá aos herdeiros legítimos, quando o testador só em parte dispuser da quota hereditária disponível” (BRASIL, 2002).

2.7 Princípios e normas aplicáveis à sucessão do descendente

2.7.1 Princípio da isonomia entre filhos

Determina o art. 227, §6º da Constituição Federal que:

Art. 227. §6º. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (BRASIL, 1988).

Nesse mesmo sentido, o art. 1.596 do Código Civil brasileiro de 2002 prescreve o mesmo conteúdo da Constituição Federal, assim, ambos dispõem acerca do princípio da igualdade entre os filhos. Vê-se, portanto, que esses artigos regulamentam especificamente o disposto no caput do art. 5º da Constituição Federal, o qual dispõe que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”. (BRASIL, 1988), não podendo haver qualquer discriminação entre eles independentemente da sua origem ou forma de concepção.

2.7.2 A presunção legal de paternidade

Presume-se concebidos durante o casamento os filhos nascidos 180 dias, pelo menos, após a celebração do casamento ou nos 300 dias após a dissolução do casamento, conforme prescreve o art. 1.597, incisos I e II do Código Civil brasileiro de 2002. Nesse contexto, Dimas Messias de Carvalho (2017, p. 590), dispõe que: “A filiação no casamento pressupõe a maternidade por parte da esposa e a paternidade por parte do marido”.

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; [...] (BRASIL, 2002).

Nesse íterim, alude o art. 1.598 do Código Civil que:

[...] a mulher contrair novas núpcias e lhe nascer algum filho, este se presume do primeiro marido, se nascido dentro dos trezentos dias a contar da data do falecimento deste e, do segundo, se o nascimento ocorrer após esse período e já decorrido o prazo a que se refere o inciso I do art. 1597 (BRASIL, 2002).

Salienta-se que tal presunção, admite-se prova em contrário para poder se comprovar de quem é de fato o pai da criança. Noutro giro, prescreve os incisos III a V do art.1.597 do Código Civil, que ocorre a presunção de paternidade também nos seguintes casos:

[...] III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários¹⁰, decorrentes de concepção artificial homóloga;
V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. (BRASIL, 2002).

Notadamente, quanto à reprodução artificial homóloga que o cerne do trabalho e pesquisa, tem-se que o enunciado 106 da I Jornada de Direito Civil dispõe acerca

¹⁰ Dimas messias de Carvalho (2017, p. 595) dispõe que: “material genético é preparado em escala maior, até mesmo porque, na indução da ovulação, não se tem como controlar quantos folículos e óvulos serão produzidos, e congelado para uso em ciclo subsequentes, constituindo-se embriões excedentes ou supranuméricos, denominados pelo Código Civil, em sentido amplo (zigotos e embriões) de embriões excedentários”.

da hipótese de que ocorra a fecundação artificial homóloga, mesmo após o falecimento do marido, dizendo que:

Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatória, ainda, a autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte. (BRASIL, 2016).

Já na hipótese do inciso V do art. 1.597 do Código Civil brasileiro de 2002, parafraseando Dimas Messias de Carvalho (2017) diz que o legislador nessa situação admitiu a possibilidade de reconhecimento da paternidade socioafetiva durante o casamento, sendo a paternidade jurídica reconhecida independente da biológica, devendo o marido apenas autorizar que a reprodução assistida ocorra, uma vez que esse se tornará pai legal da criança concebida, caso não aceite poderá ajuizar ação de negatória de paternidade, lado outro, depois de aceita e já realizada a inseminação artificial o marido não pode voltar atrás.

Assim, fica claro que o legislador trouxe a possibilidade de se operar a presunção de paternidade, também àqueles casais que optam pela prática da reprodução assistida. Ainda a este respeito, Venosa (2017, p. 254) esclarece que “filiação é um conceito relacional, trata-se de uma relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas” e acresce que “esse estado pode decorrer de um vínculo biológico ou não, como na adoção e na inseminação heteróloga, autorizada pelo pai”.

2.7.3 Direito ao planejamento família e Princípio da paternidade responsável

Previsto nos arts. 3º, 4º e 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990) e no art. 226, §6º da Constituição Federal, os quais dispõem:

Art. 226 A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado: [...] § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas [...] (BRASIL, 1988).

Nesse diapasão, entende-se que ao casal, independentemente do sexo, dos genitores ou responsáveis pelas crianças, há responsabilidade pelo planejamento familiar, devendo o Estado zelar pela família, apesar deste não poder intervir na

relação e nas escolhas feitas pelos genitores no planejamento familiar, deste modo tem-se a lei 9.263/96 que dispõe acerca do planejamento familiar, a fim de alcançar a proteção da criança e do adolescente das relações familiares.

Dimas Messias de Carvalho (2017, p.105), dispõe que:

Planejamento livremente pela pessoa ou casal a gravidez ou adoção, assumem os pais dever de assistir, criar e educar os filhos, ou seja, o descer de cuidados, observando a absoluta prioridade assegurada à criança e ao adolescente pela família, sociedade e Estado (arts.229 e 227 do ECA). Aos pais incumbe a responsabilidade de sustento, guarda, educação e de ter os filhos em sua companhia, mantendo a convivência familiar, mesmo que dissolvam a união ou casamento.

Conclui-se, portanto, mais uma vez que o Estado deve zelar sempre para o melhor interesse da criança e do adolescente, a fim de que tenham uma família estruturada, fruto de um acordo com o planejamento familiar, devendo sempre os pais serem responsáveis por seus filhos, tendo estes o direito de uma paternidade responsável.

2.7.4 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

De acordo com *caput* do art. 227 da Constituição Federal:

[...] É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de **colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão**. (BRASIL, 1988). (grifos não originais).

Dispõe ainda, Flávio Tartuce (2018, p. 23):

Em reforço, o art. 3.º do próprio ECA determina que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da *proteção integral*, assegurando-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. Também complementando o que consta do Texto Maior, o art. 4.º do ECA enuncia que: “É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”.

Nessa ótica, vê-se que o legislador tem o maior cuidado em proteger o direito das crianças e dos adolescentes, de forma que as decisões judiciais sempre corram de forma mais favorável possível ao interesse desses, levando em consideração seus direitos acima dos interesses seus pais e familiares. Tudo isso visa evitar que ocorra qualquer discriminação, exploração, violência e crueldade com as crianças e adolescentes, uma vez que, na maioria das vezes, elas são consideradas partes frágeis de uma relação que ocorreu entre duas pessoas adultas, ou seja, uma possível briga de família, entre outras possibilidades que envolvam uma criança na lide.

2.8 Direito a Sucessão Hereditária do Embrião Fecundado *Post Mortem*

Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2012, p. 310) asseveram que “tanto o nascituro quanto o embrião situado fora do útero, em virtude de sua vida e dignidade humana, são titulares de direitos fundamentais”, entre os quais o direito à herança

Dessa forma, pretendendo a presente secção verificar como tal questão é enfrentada pelo direito brasileiro, verificamos que o Código Civil brasileiro de 2002 dispõe que somente será legitimado há suceder aquela pessoa que estiver nascida, concebida no momento da abertura da sucessão ou indicada pelo testador, assim, com a inovação das técnicas de reprodução assistida, o embate da possibilidade ou não do filho concebido após a morte do doador por reprodução assistida ter direito a suceder, diante da ausência da legislação brasileira em regulamentar tal técnica, fez com que se surgisse no Congresso Nacional Projetos de Lei a fim de regulamentar as consequências de tal técnica nos direitos civis.

Assim, no ano de 2015, foi apresentado pelo Deputado Juscelino Rezende Filho, o Projeto de Lei nº 115, que em seu art. 59 dispõe sobre a possibilidade de o filho concebido por inseminação artificial ter direito a suceder:

Art. 59. Tratando-se de fecundação post mortem, garantir-se-á o direito sucessório do descendente, caso a gravidez ocorra em até 3 anos da abertura da sucessão do genitor que autorizou expressamente a utilização de seu gameta ou embrião criopreservado. [...]. § 2º Caso haja material genético congelado de pessoa que tenha deixado autorização expressa para sua utilização, nos termos desta lei, será aberta sucessão provisória ou condicional até que transcorra o prazo de 3 anos ou que, dentro desse período, se constate a gravidez do descendente biológico da pessoa falecida. § 3º Transcorrido o prazo previsto ou nascido o filho a sucessão passará a ser definitiva. § 4º O previsto neste artigo não exclui o direito de petição de herança, nos termos do Código Civil (BRASIL, 2015).

Entretanto, tal projeto ainda está sobre apreciação, assim como os demais projetos apresentados no Congresso Nacional sobre esse tema, estando o direito de herança garantido no disposto no art. 5º, XXX da Constituição Federal como direito fundamental (BRASIL, 1988).

No entanto, prescreve o art. 1.597, o art. 1.799 e art. 1.800 do Código Civil, que:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: [...] III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão; [...].

Art. 1.800. No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz. [...]. § 4º Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos. (BRASIL, 2002).

Assim, tem-se que o direito brasileiro regulamenta o direito do filho concebido por inseminação artificial, em relação ao fato deste ser reconhecido como filho. Entretanto, ainda persiste no sistema normativo jurídico brasileiro a inércia para criar ou aprovar uma lei complementar que regulamente os possíveis efeitos da reprodução artificial *post mortem* do doador, assim, os nossos doutrinadores discutem sobre uma possível solução para esse problema, uma vez que as técnicas de reprodução assistidas podem gerar consequências nos diversos ramos do direito brasileiro, principalmente no sucessório.

Ademais, como já dito, para se ter direito a suceder é necessário que ocorra a coexistência entre o filho e o pai, conforme dispõe o art. 1.798 do Código Civil (BRASIL, 2002), respeitando o princípio da *saisine*, com exceção da prole eventual.

Nesse contexto, de pronto se diria que é impossível que o filho concebido por reprodução assistida *post mortem* do doador entrasse na sucessão, entretanto, também não há no nosso ordenamento algo que vede a possibilidade da mãe ou do pai fazer com que o filho seja concebido após a morte do doador, ficando, portanto, o direito brasileiro, ao limbo para solucionar o problema referente ao direito sucessório do filho concebido através de reprodução artificial homóloga *post mortem* do doador.

2.8.1 Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina

Tal resolução versa acerca das normas éticas para utilização das técnicas da reprodução assistida, diz em seu artigo 1º dos princípios gerais que “as técnicas de reprodução assistida têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017).

Em seu artigo 5º, do capítulo I, dispõe que “as técnicas de reprodução assistida não podem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto para evitar doenças no possível descendente” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017), deste modo evitando que ocorra a discriminação em relação aos filhos e que todos sejam tratados de forma isonômica, conforme previsto no art. 227, §6º da Constituição Federal que proibido qualquer “designações discriminatórias relativas à filiação” (BRASIL, 1988).

Importante ressaltar que no capítulo V que dispõe sobre a criopreservação de gametas e embriões em seu art. 3º e art. 5º diz que:

No momento da criopreservação, os pacientes devem manifestar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio ou dissolução de união estável, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los. Os embriões criopreservados e abandonados por três anos ou mais poderão ser descartados. Parágrafo único: Embrião abandonado é aquele em que os responsáveis descumpriram o contrato pré-estabelecido e não foram localizados pela clínica (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017).

A referida resolução ainda possibilita que ocorra a reprodução assistida *post mortem* desde que “haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente” (capítulo VII) (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017), entretanto, não há nenhuma legislação brasileira que regule esse tipo de prática o que acarreta inúmeras perguntas, principalmente relacionado ao direito sucessório do filho concebido após o falecimento do doador.

2.8.2 Técnicas Reprodução Assistida

Segundo Sílvio de Salvo Venosa (2017, p. 267):

Entende-se inseminação como forma de fecundação artificial, pela qual se dá a união do sêmen ao óvulo por meios não naturais. Vários são os métodos científicos para essa finalidade cujo estudo pertence à ciência biomédica. A inseminação artificial também é conhecida como concepção artificial, fertilização artificial, sementeira artificial, fecundação ou fertilização assistida.

Nesse mesmo contexto, preleciona Gama (2008, p. 314/342) que a filiação pode se dar de duas formas:

Da procriação carnal é aquela resultante do contato sexual entre o homem e a mulher, (...), do qual resulta a concepção do embrião que se desenvolve naturalmente no corpo da mulher que manteve a relação sexual, e o posterior nascimento da criança”. Já a procriação assistida “é aquela resultante do recurso à técnica de reprodução medicamente assistida (...), ou seja, sem qualquer contato sexual entre o homem e a mulher, mas logicamente contando com o emprego de material fecundante para permitir a inseminação artificial, a fertilização *in vitro* ou qualquer outra técnica que permita a fecundação do óvulo pelo espermatozoide e, assim, a produção do embrião que deverá ser desenvolvido no corpo de uma mulher para posteriormente nascer a criança.

Sabe-se que “a primeira experiência comprovada pela ciência de inseminação artificial com êxito foi a de John Hunter, em 1791, que inseminou a esposa de um lorde inglês utilizando o esperma deste” (NAMBA, 2015, p.124). Sendo que as experiências com fertilização *in vitro*, com finalidade da reprodução humana tomou força na década de 1970 (NAMBA, 2015).

Em 25 de julho de 1978, em Manchester na Inglaterra, nasceu o primeiro bebê concebido em laboratório com técnicas de fertilização em *in vitro*, que ficou mundialmente conhecida como “bebê de proveta”, batizada pelos seus pais com o nome de Louise Joy Brown.

Sendo que anos depois em 1984 ficou mundialmente conhecido o “Caso Parpalaix”, onde dois jovens denominados Corine Richard e Alain Parpalaix decidiram se casar, ao descobrirem que Alain estava com uma grave doença que poderia gerar sua infertilidade, assim, para garantir que pudessem ter filhos futuramente, ele decidiu depositar em um banco de sêmen seu esperma para posterior utilização.

Ocorre que, Alain não sobreviveu ao tratamento da doença e meses depois Corine para realizar seu desejo e o desejo de seu falecido marido, dirigiu-se a clínica onde seu esposo havia depositado seu sêmen, para se submeter a técnica de reprodução assistida. Entretanto, tal método foi negado de ser realizado pela clínica, devido ao fato de que Parpalaix não deixou nenhum documento permitido que seu material pudesse ser utilizado após sua morte.

Nesse contexto, Corine procurou o poder Judiciário da França para solucionar tal empasse, onde, a França apesar de naquela época não possuir legislação para tal caso específico, determinou que a clínica devolvesse o material genético para a esposa de Parpalaix para que se viabilizasse a técnica da reprodução assistida. Importante ressaltar, que após esse caso considerado um marco histórico, diversos países começaram a discutir sobre as diversas possibilidades do que se fazer e quais as consequências no direito dos sêmens que são depositados nas clínicas especializadas em reprodução medicamente assistida. (COCO, 2012).

Destaca-se que no Brasil existem vários métodos de reprodução assistida sendo eles *coito programado*, *inseminação artificial intrauterina (IIU)*, *gameta intra falopian transfer* (transferência de gametas para as trompas – GIFT), *injeção intracitoplasmática de espermatozoide (ICSI)*, *zigoto falopian transfer* (transferência de zigotos – ZIFT), sendo os métodos mais usuais a inseminação artificial e a fertilização *in vitro*, nesses termos Dimas Messias de Carvalho (2017, p. 594/595) preleciona acerca dessas técnicas:

A ***inseminação homóloga ou intraconjugal*** utiliza os gametas (óvulos e espermatozoides) do próprio casal que recorreu às técnicas de reprodução para fecundação, atribuindo-se a paternidade e a maternidade pelo liame biológico, podendo ocorrer *post mortem* do marido, já que o sêmen ou embrião pode ser armazenado.

A ***inseminação heteróloga ou extraconjugal*** utiliza gametas provenientes de doadores estranhos ao casal, em casos de infertilidade da mulher por ausência de óvulos ou do homem por ausência de espermatozoides. A reprodução mais comum, prevista no art.1.597, V do Código Civil, é a utilização de sêmen de terceiro, que não o marido ou o companheiro, para fecundar a mulher. Não é incomum, também, a doação de óvulos ou a gestação em barriga de solidária. Nessa situação, não se atribui a paternidade pelo liame biológico, mas o socioafetivo, exigindo expressa autorização. O cônjuge ou companheiro (a) são os pais jurídicos, mas não os pais biológicos.

Fertilização in vitro (FIVETE) ou fecundação in vitro (FIV) consiste na transferência para o útero de embriões fecundados e incubados *in vitro*. A técnica é a mesma da implantação dos zigotos; a diferença é a que a transferência só ocorre quando estes (produtos da fusão) entram em segmentação, passando a constituir embriões (estágio de duas a oito células). A fecundação *in vitro* exige a indução da ovulação, punção folicular e cultura dos óvulos, coleta e preparação do esperma, a inseminação e cultura de embriões, para, finalmente, ser implantado no útero da mulher. (grifos não originais).

Acerca da inseminação artificial heteróloga é importante destacar alguns pontos, o doador do material genético não assume os riscos de ser pai e/ou mãe da prole que será gerada. Sendo, portanto, o risco da paternidade e da maternidade de outrem a quem o material genético foi doado, tendo o doador direito a ver sua

intimidade resguardada, por ser um direito fundamental previsto no art.5, inciso X da Constituição Federal brasileira, e por sua vez a criança gerada por tal método não tem direito de conhecer seus pais biológicos, como ocorre nos casos de adoção. (NAMBA, 2015).

Por fim, importante destacar, a existência de três enunciados da I Jornada De Direito Civil, organizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal que dispõem:

Enunciado 104: No âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) da vontade no curso do casamento (BRASIL, 2016).

Enunciado 111: A adoção e a reprodução assistida heteróloga atribuem a condição de filho ao adotado e à criança resultante de técnica conceptiva heteróloga; porém, enquanto na adoção haverá o desligamento dos vínculos entre o adotado e seus parentes consanguíneos, na reprodução assistida heteróloga sequer será estabelecido o vínculo de parentesco entre a criança e o doador do material fecundante (BRASIL, 2016).

Enunciado 105: as expressões "fecundação artificial", "concepção artificial" e "inseminação artificial" constantes, respectivamente, dos incisos III, IV e V do art. 1.597 deverão ser interpretadas como "técnica de reprodução assistida" (BRASIL, 2016).

2.8.3 Posicionamento de alguns doutrinadores e jurisprudências em relação a possibilidade da sucessão dos filhos concebidos por inseminação artificial *post mortem* do doador

O presente tópico tem como intuito elucidar o posicionamento de alguns doutrinadores a respeito da possibilidade do filho concebido por inseminação artificial homóloga ter ou não o direito a garantia do direito sucessório, uma vez que a princípio o filho concebido por inseminação artificial *post mortem* não teria direito, cabendo à doutrina e à jurisprudência mostrar uma possível solução para referida questão.

Para o doutrinador Luiz Paulo Vieira de Carvalho (2017, p. 76):

Na sucessão legítima, são iguais os direitos sucessórios dos filhos, e se o Código Civil de 2002 trata os filhos resultantes de fecundação artificial homóloga, posterior ao falecimento do pai, como tendo sido "concebidos na constância do casamento", não se justifica a exclusão de seus direitos sucessórios. Entendimento contrário conduziria à aceitação da existência, em nosso direito, de filho que não tem direitos sucessórios, em situação incompatível com o proclamado no art. 227, § 6º, da Constituição Federal [...] temos para nós que, desde que haja manifestação comprovada por parte do

doador do material genético cônjuge ou companheiro, dirigindo sua vontade a esse tipo de reprodução, seja oral ou escrita, se escrita por instrumento público ou não, repisamos, tal manifestação deve produzir todos os efeitos jurídicos perseguidos pelo declarante.

Flávio Tartuce (2019, p. 81), dispõe que:

É perfeitamente possível beneficiar o embrião por testamento. Todavia, o embrião não está na mesma situação da prole eventual, pois deve ser tido como pessoa humana desde a concepção. Diante dessa realidade, seus direitos devem ser reconhecidos a partir desse momento, havendo a possibilidade de sua inclusão na sucessão por meio da petição de herança, conforme antes.

Tabela doutrinária elaborada pelo Professor João Aguirre, sobre a situação do embrião, quando dos estudos para a elaboração da Reforma do Direito das Sucessões pelo IBDFAM, demonstra que existe uma grande divergência entre os doutrinadores acerca da possibilidade sucessória do filho concebido após a morte do autor da herança, veja-se:

Tabela 1 - Situação do Embrião

	Embriões excedentários são pessoas e estão legitimados a suceder?	Existe prazo extintivo da pretensão à petição de herança nesse caso?
ALEXANDRE BARBOSA	NÃO Apenas terá direito quando da implantação no útero materno	SIM
ANA LUIZA MAIA NEVARES	SIM O embrião já é sujeito de direitos	NÃO A ação é imprescritível
CESAR PEGHINI	SIM O embrião já é sujeito de direitos	NÃO A ação é imprescritível
DEBORA BRANDÃO	SIM O embrião já é sujeito de direitos	NÃO A ação é imprescritível
EDUARDO BUSSATA	NÃO Apenas terá direito quando da implantação no útero materno	SIM
EROLUHS CORTIANO	NÃO Apenas terá direito quando da implantação no útero materno	SIM
JOÃO AGUIRRE	NÃO Apenas terá direito quando da implantação no útero materno	SIM
FLÁVIO TARTUCE	SIM O embrião já é sujeito de direitos	NÃO A ação é imprescritível
FERNANDO VENTURI	NÃO Apenas terá direito quando da implantação no útero materno	SIM
FÁBIO AZEVEDO	Embriões excedentários são pessoas e estão legitimados a suceder? Apenas terá direito quando da implantação no útero materno	Existe prazo extintivo da pretensão à petição de herança nesse caso? A ação é imprescritível

JOSE FERNANDO SIMÃO	NÃO Apenas terá direito quando da implantação no útero materno	Defende a existência de prazo decadencial para anulação da partilha
MARCELO TRUZZI	NÃO Apenas terá direito quando da implantação no útero materno	SIM
MARCO AURELIO BEZERRA DE MELO	NÃO Apenas terá direito quando da implantação no útero materno	SIM Prescrição decenal que se iniciará no momento da incapacidade relativa, isto é, na premissa da continuidade da vida extrauterina
MARCOS CATALAN	SIM O embrião já é sujeito de direitos e está legitimado a suceder ao transformar-se em pessoa	Dúvidas quanto à natureza da petição de herança
MARCOS EHRHARDT JUNIOR	NÃO Embrião é sujeito de direito (não pessoa), só está legitimado após nidificação	SIM
MARIA BERENICE DIAS	SIM O embrião já é sujeito de direitos e tem garantidos os seus direitos sucessórios	NÃO Descabido estabelecer prazo
MARIO DELGADO	NÃO Apenas terá direito quando da implantação no útero materno	SIM
MAURÍCIO BUNAZAR	NÃO Apenas terá direito quando da implantação no útero materno	SIM
MAURÍCIO LACERDA	NÃO Apenas terá direito quando da implantação no útero materno	SIM
PABLO MALHEIROS	SIM O embrião já é sujeito de direitos	NÃO A ação é imprescritível
RICARDO CALDERON	NÃO Apenas terá direito quando da implantação no útero materno	SIM
ROBERTO FIGUEIREDO	SIM O direito hereditário do embrião é condicionado ao seu nascimento com vida	SIM Existe o prazo é prescricional de dez anos (art. 205 do CC) para se obter o efeito patrimonial de uma quota hereditária
RODRIGO TOSCANO	NÃO Apenas terá direito quando da implantação no útero materno	SIM
WLADIMIR ALCIBÍADES	NÃO Apenas terá direito quando da implantação no útero materno	SIM

Fonte: João Aguirre (*apud* TARTUCE, 2019).

Por sua vez, Paulo Lôbo (2019, p. 116/117):

Não é herdeiro o filho que faleceu antes do de cujus nem o que foi concebido após a morte dele, com utilização de técnicas de reprodução assistida, salvo se tiver deixado testamento com disposição expressa nesse sentido, em virtude do reconhecimento do princípio da autonomia privada do testador. [...] A impossibilidade da sucessão legítima resolve-se com o recurso à sucessão testamentaria. Não há qualquer afronta ao princípio da igualdade dos filhos, respeitado que foi quando da incidência da norma legal da saisine, que tem por suporte fático precisamente o momento da abertura da sucessão, do qual brotam as titularidades sucessórias.

Não podemos concordar com os que entendem que o sentido de concebido, previsto no art. 1.798 do Código Civil, deve ser estendido aos concebidos post mortem, mediante técnicas de reprodução assistida, com posterior uso de petição de herança (enunciado 267 da III Jornada de Direito Civil/CEJ), porque eleger modelo inexistente em nosso direito, embaralhando os conceitos. Se a petição de herança é prescritível, de acordo com a Súmula 149/STF, se fosse possível ser manejada (e não é, porque não se trata de

herdeiro), incorrer-se-ia na mesma subordinação de tempo, que é uma das objeções à solução legal que acima alvitramos. O princípio da coexistência do herdeiro e do de cujus, no momento da morte deste, é o que melhor contempla a segurança jurídica, que estaria comprometida se os efeitos da partilha dos bens deixados ficassem em suspenso, a depender de futura e incerta concepção mediante técnicas de reprodução assistida, com evidente prejuízo para os herdeiros, os credores destes e terceiros adquirentes.

Sílvio de Salvo Venosa (2017, p. 272):

Também é possível que a mulher seja fecundada com sêmen de seu marido, após sua morte. O Código de 2002 reporta-se a essa hipótese no inciso III. O congelamento do sêmen abre essa possibilidade. No sistema do mais recente Código, o princípio geral sucessório é idêntico: “*Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão*” (art. 1.799). Desse modo, os filhos concebidos, *post mortem*, sob qualquer técnica, não serão herdeiros. O atual código abre uma válvula restrita para essa hipótese, permitindo que unicamente na sucessão testamentária possam ser chamados a suceder o filho esperado de pessoa indicada, mas não concebido, aguardando-se até dois anos sua concepção e nascimento após a abertura da sucessão, com a reserva de bens da herança (arts. 1.799, I, e 1.800).

Nesse sentido, Gonçalves (2017), considerando que o Código Civil brasileiro de 2002, dispõe que os filhos concebidos por fecundação artificial são tidos como concebidos no casamento, sendo assim, não poderá ser excluído da sucessão, caso contrário irá contra o direito fundamental que dá igualdade entre todos os filhos, prescrito no art. 227, §6º da Constituição Federal Brasileira.

Maria Helena Diniz (2014) defende também o mesmo pensamento de que o filho concebido por inseminação artificial foi gerado, só terá direito a suceder caso o doador deixe expresso sua vontade de transmitir sua herança ao filho ainda não concebido.

Importante, ressaltar, que ainda não há no nosso ordenamento jurídico brasileiro qualquer decisão jurídica dos tribunais possíveis de análise, a fim de se verificar qual seria a opinião de nossos julgadores acerca de tal tema, uma vez que, os casos a serem discutidos encontram-se em segredo de justiça por se tratar de direito de família.

Assim, conclui-se que os doutrinadores possuem algumas divergências, acerca da possibilidade do filho concebido por inseminação artificial homóloga tenha direito a sucessão, uma vez que autores como Luiz Paulo Vieira de Carvalho, Flávio Tartuce, Maria Helena Diniz, Paulo Lôbo, Carlos Roberto Gonçalves defendem que o filho terá direito desde que o autor da herança deixe expresso sua vontade antes de sua morte de que seu gameta seja utilizado para o fim da reprodução assistida.

Nesse mesmo sentido, os autores Ana Luiza Maia Nevares, Cesar Peghini, Debora Brandão, Marcos Catalan, Maria Berenice Dias, Pablo Malheiros defendem que o embrião tem direito a sucessão, uma vez que já são sujeitos de direito.

Por outro lado, autores como Alexandre Barbosa, Eduardo Bussata, Eroulths Cortiano, Fábio Azevedo, Fernando Sartori, João Aguirre, José Fernando Simão, Marcelo Truzzi, Marco Aurelio, Mario Delgado, Maurício Bunazar, Maurício Lacerda, Ricardo Calderon, Rodrigo Toscano e Wladimir Alcíbiades defendem que apenas existira o direito quando já existir o embrião e esse já estiver implantado no útero materno, assim, o filho concebido após a morte do doador não terá direito, uma vez que ainda não se encontrava implantado na barriga de sua genitora.

3 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Após o fim dessa pesquisa acerca da possibilidade sucessória do ser humano concebido por inseminação artificial, ficou claro que os doutrinadores pesquisados se encontram em divergência acerca da possibilidade ou não do filho concebido através dessa técnica. Tal constatação é possível, na medida em que, apesar do aumento no número de reprodução assistidas realizadas no Brasil, o legislador brasileiro permanece inerte, ignorando o fato de que cada vez mais, essas técnicas serão utilizadas pelo ser humano, não havendo nenhum julgado acerca de tal tema, fazendo com que não seja possível se ter um norte sobre uma possível solução.

Nesse contexto, doutrinadores divergem em defenderem ou refutarem a possibilidade, tendo, dessa maneira, que utilizar por analogia ou, mesmo, com bases em princípios, para fundamentarem suas decisões acerca da possibilidade ou não do direito sucessório que o filho concebido por inseminação artificial terá.

Assim, os que defendem que o filho concebido por inseminação artificial homóloga terá direito a sucessão dizem que é preciso que o doador deixe expresso, antes de sua morte, qual seria sua vontade sobre o que deveria ser realizado com aqueles gametas doados em vida, vindo, desta forma, de acordo com a resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, sendo que os filhos terão que reivindicar seus direitos por meio de petição de herança. Há, ainda, aqueles que defendam que não é necessário se deixar expresso a vontade do doador, uma vez que o embrião já seria sujeito de direito, entretanto, precisaria os gametas estarem fecundados antes da morte do doador a fim de se gerar um embrião.

Noutro giro, há aqueles que dizem que esse filho não é sujeito de direito, sendo que seria necessário que existisse um embrião e este fosse fecundado na barriga da genitora a fim de lhes gerar algum direito.

No nosso ponto de vista da presente pesquisa, resta claro que a corrente doutrinária que melhor se enquadraria para solucionar tal problema, seria aquela que defende a ideia de que o filho concebido por inseminação artificial homóloga deverá ter direito a sucessão, levando em conta os princípios da isonomia entre os filhos, o princípio do melhor interesse da criança, princípios esses expressos em nossa Carta Magna. Nesse sentido, através de técnicas de ponderação, afirma-se que tais

princípios deverão estar acima dos princípios da coexistência e da *saisine*, expressos no âmbito do direito das sucessões, no Código Civil brasileiro de 2002.

Por sua vez, levando em consideração o princípio da segurança jurídica e usando, por analogia, o art. 1.799, inciso I e §4 do Código Civil brasileiro de 2002, além do fato de não se saber por quanto tempo um gameta poderá ficar criopreservado, deverá ser fixado um prazo máximo para que seja possível que o gameta seja fecundado e implantado na barriga da genitora. Assim, o projeto de lei nº 115 apresentado no Congresso Nacional pelo Deputado Juscelino Rezende Filho e o Enunciado 267 da III da Jornada de Direito Civil, organizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, demonstram um bom meio de se solucionar tal problema.

4 CONCLUSÃO

Sabe-se que são herdeiros necessários os descendentes, os acedentes e os cônjuges conforme dispõe o art. 1.845 do CC, não podendo esses serem afastados do direito a suceder apenas por uma simples vontade do autor da herança. Assim, os filhos deverão ter direito ao seu quinhão, conforme o sistema sucessório de divisão necessária adotado no Brasil. Ademais, os filhos não poderão sofrer diferenciação em relação à parte reservada na herança para estes pela lei, bem como em virtude do princípio da isonomia entre os filhos.

Ocorre que, apesar dos filhos não poderem sofrer discriminação entre si ou, mesmo, serem preteridos em relação ao que lhes caiba na herança, existindo, para tal, o direito de petição de herança para aqueles que não tiveram seu direito à herança reconhecido. Entretanto, não há previsão legal acerca do direito de fato daqueles filhos que foram concebidos por meio de reprodução assistida após a abertura da sucessão.

Assim, a presente pesquisa se atentou, sobretudo, para a análise dos vários tipos de sucessões existentes, os posicionamentos doutrinários sobre o tema em estudo, bem como analisar os tipos de reprodução assistida, tentando, por consequência, encontrar uma possível solução para tanto.

No entanto, ao fim de seu desenvolvimento, pautado em pesquisa bibliográfica, jurisprudências e na legislação brasileira, que teve com o objetivo tentar elucidar uma possível solução para o problema existente acerca da (im)possibilidade do filho concebido por inseminação artificial homóloga ter direito à sucessão, tornou-se evidente que inexistente, no atual ordenamento jurídico e na doutrina, uma regra em nosso sistema normativo jurídico que aponte a efetiva solução para o problema.

Deste modo, imperioso se faz concluir que referido impasse se perpetuará, caso a inércia do legislador permaneça, devendo, por ora, inevitavelmente, ser solucionado através de analogias e princípios.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho de Justiça Federal. **Enunciado nº 104**. I Jornada de Direito Civil. Disponível em: <cjf.jus.br/enunciados/enunciado/735>. Acesso em: 27 out. 2019.

_____. Conselho de Justiça Federal. **Enunciado nº 106**. I Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/737>>. Acesso em: 27 out. 2019.

_____. Conselho de Justiça Federal. **Enunciado nº 111**. I Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/746>>. Acesso em: 27 out. 2019.

_____. Conselho de Justiça Federal. **Enunciado nº 267**. III Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/526>>. Acesso em: 27 out. 2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27 out. 2019.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 27 out. 2019.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**, de 13 de julho de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 27 out. 2019.

_____. **Projeto de Lei n. 115**, de 2015. Disponível: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7AA607638D8D68A58ECD388EBAC7140C.proposicoesWebExterno1?codteor=1296985&filename=PL+115/2015>. Acesso em: 27 out. 2019.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Direito das Sucessões: Inventário e Partilha.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Direito das Sucessões: Inventário e Partilha.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Direito das Sucessões: Inventário e Partilha.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

COCO, Bruna Amarijo. **Reprodução assistida post mortem e seus aspectos sucessórios.** Disponível em:

<<http://www.egov.ufsc.br/porta/conteudo/reprodu%C3%A7%C3%A3o-assistida-post-mortem-e-seus-aspectos-sucess%C3%B3rios>>. Acesso em: 27 out. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2,168**, de 10 de novembro de 2017. Disponível em: <

<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>. Acesso em: 27 out. 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões.** 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **O Estado Atual do Biodireito.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil.** 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. vol. 7.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil: Família.** São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões.** 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2017. vol. 7.

_____. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões.** 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. vol. 7.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil: Direito de Família e Sucessões**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. vol. 5.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Sucessões**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

_____. **Direito Civil: Sucessões**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

NAMBA, Edison Tetsuzo. **Manual de Bioética e Biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

OLIVEIRA, José Maria Leone Lopes de. **Direito das Sucessões**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PEREIRA, Carlos Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. vol. 7.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

VENOSA, Silvio de Savio. **Direito Civil: Sucessões**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2017. vol. 6.